

Aansprakelijkheid voor integriteitsonderzoeken: enkele lessen uit een Schiedams onderzoek

Gst. 2019/102

1. Inleiding

Een afgerond integriteitsonderzoek, verricht door een door de gemeenteraad gecontracteerde partij, levert voor de bij het integriteitsonderzoek betrokken (rechts)personen diverse rechtsingangen op. Het gaat dan in de eerste plaats om de aan het integriteitsonderzoek onderworpen personen, doorgaans bestuurders en ambtenaren. Wanneer zij in actie komen is aannemelijk dat ook de andere betrokkenen, het onderzoeksbureau en de gemeente, procedurele stappen zullen nemen. Een op 24 augustus 2011 door Bureau Integriteit Nederlandse Gemeente (hierna: BING) in opdracht van de gemeenteraad van Schiedam uitgebracht integriteitsonderzoek maakt dit duidelijk.

In dit artikel zal ik aan de hand van voormeld Schiedams onderzoek ingaan op de gerechtelijke procedures waarmee de bij het integriteitsonderzoek betrokken (rechts)personen rekening moeten houden. Aan de hand van het Schiedams onderzoek ga ik in op de diverse rechtsingangen (paragraaf 2) voor de aan het integriteitsonderzoek onderworpen personen en zoom ik vervolgens in op het kort geding en de bodemprocedure (paragrafen 3 en 4). In paragraaf 5 ga ik in op de procedure waarin het onderzoeksbureau als aansprakelijk gestelde partij de gemeente als opdrachtgever in vrijwaring oproept.

Het Schiedams integriteitsonderzoek is zoals vermeld in 2011 opgeleverd. Ruim acht jaar later draait de procedurele molen nog steeds. Welke lessen kunnen uit het Schiedams onderzoek worden getrokken?

2. Diverse rechtsingangen

De gemeenteraad van Schiedam heeft op 27 april 2011 aan BING opdracht gegeven een onderzoek in te stellen naar mogelijke tekortkomingen in het professionele handelen (onder andere belangenverstremming) van de burgemeester, de integriteit van de ambtelijke organisatie en de effectiviteit van de klokkenluidersregeling aan de hand van een aantal onderzoeksobjecten. Nog voordat het rapport door BING aan de gemeenteraad is opgeleverd, treedt de burgemeester op eigen initiatief af. Het op 24 augustus 2011 opgeleverde onderzoeksrapport is in de gemeenteraadsvergadering van 30 augustus 2011 besproken en heeft geleid tot het vertrek van het voltallige college van burgemeester en wethouders. De gemeenteraad wilde schoon schip maken, hetgeen betekende dat ook de ambtelijke top waaronder clustermanagers moesten vertrekken. De clustermanager Dienstverlening is vanaf 11 oktober 2011 met buitengewoon verlof vanwege de uitkomst en de conclusies van het onderzoeksrapport.

Op 17 februari 2012 sluiten de gemeente en de betreffende clustermanager een vaststellingsovereenkomst betreffende het ontslag van de clustermanager per 1 april 2012. De gemeente kent de clustermanager een ontslagvergoeding toe van 275% van zijn bruto jaarsalaris in 2011, inclusief vakantie- en eindejaarsuitkering.

Het onderzoeksrapport van BING uitgebracht aan de gemeenteraad van Schiedam heeft de volgende waslijst aan procedures opgeleverd:

1. Een civiel kort geding aangespannen door de oud-burgemeester waarin zij vordert de gemeente te gebieden om voorafgaand aan openbaarmaking van het rapport het conceptrapport 15 werkdagen aan haar ter beschikking te stellen zodat zij het rapport kan bestuderen en kan voorzien van commentaar, op straffe van een dwangsom van € 100.000,00. De dagvaarding is uitgebracht op 23 augustus 2011, de dag voordat het onderzoeksrapport aan de gemeenteraad is uitgebracht en het kort geding op zitting is behandeld. Op 25 augustus 2011 wees de voorzieningenrechter de vordering af,² waarna het rapport op 26 augustus 2011 openbaar is gemaakt.
2. De oud-burgemeester dient op 5 september 2011 een klacht in tegen de medewerker van BING die verantwoordelijk was voor het uitgevoerde integriteitsonderzoek. De oud-burgemeester heeft tegen deze medewerker in zijn hoedanigheid als registeraccountant op grond van de Wet op de Registeraccountants³ een klachtprocedure aanhangig gemaakt bij de Accountantskamer. De Accountantskamer heeft op 14 mei 2012 alle klachten van de oud-burgemeester ongegrond verklaard.⁴ De oud-burgemeester is in hoger beroep gegaan bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb). Het CBb heeft op 18 december 2014 het hoger beroep van de oud-burgemeester deels gegrond verklaard (ten aanzien van enkele klachtonderdelen) en heeft de registeraccountant de maatregel van een bebisping opgelegd.⁵
3. De oud-clustermanager Dienstverlening dient op 27 september 2011 een klacht in bij de Accountantskamer. De Accountantskamer verklaart de klacht deels gegrond en legt aan de registeraccountant de maatregel van een waarschuwing op.⁶ Het hoger beroep van de registeraccountant is door het CBb ongegrond verklaard.⁷
4. Op 19 februari 2015 stelt de oud-burgemeester BING aansprakelijk voor de schade die zij en haar familie stelden te lijden als gevolg van het rapport en de onjuiste

2 Rb. Rotterdam 25 augustus 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR5831.

3 Per 1 januari 2013 vervangen door de Wet op het accountantsberoep.

4 Accountantskamer 14 mei 2012, ECLI:NL:TACAKN:2012:YH0260.

5 CBb 18 december 2014, ECLI:NL:CBB:2014:460.

6 Accountantskamer 14 mei 2012, ECLI:NL:TACAKN:2012:YH0261.

7 CBb 18 december 2014, ECLI:NL:CBB:2014:460.

1 Jack van Beers is advocaat bij Holla advocaten.

voorstelling van zaken. Tevens is BING gesommeerd een tweetal verklaringen van 10 februari 2015 en 7 juli 2014 te rectificeren. BING is daartoe niet overgegaan, hetgeen voor de oud-burgemeester aanleiding was BING op 5 maart 2015 in kort geding te dagvaarden. De voorzieningenrechter heeft de rectificatievordering op 1 april 2015 afgewezen. De oud-burgemeester is tegen deze uitspraak in hoger beroep gegaan.

5. Op 16 juli 2015 worden BING en de bij haar werkzame registeraccountant in kort geding gedagvaard door de oud-clustermanager. De oud-clustermanager vordert BING en de registeraccountant hoofdelijk te veroordelen een bedrag van € 500.000,00 aan schadevergoeding aan hem te voldoen, althans een door de voorzieningenrechter te bepalen bedrag. Aan deze vordering wordt ten grondslag gelegd dat BING en de registeraccountant onrechtmatig hebben gehandeld. BING en de registeraccountant vorderen op hun beurt de gemeente te veroordelen tot betaling van al hetgeen waartoe zij als gedaagden tegen de oud-clustermanager mochten worden veroordeeld en tot betaling van alle door hen gemaakte en nog te maken kosten van het verweer tegen de aanspraken van de oud-clustermanager. De rechtbank wijst de vorderingen van de oud-clustermanager in de hoofdzaak en de vorderingen van BING en de registeraccountant in de vrijwaringszaak tegen de gemeente af.⁸ De oud-clustermanager stelt hoger beroep in tegen de uitspraak van de rechtbank; BING en de registeraccountant stellen voorwaardelijk hoger beroep in. Het hof verklaart het hoger beroep van de registeraccountant bij arrest in kort geding van 13 december 2016 ongegrond en komt daarom aan het incidenteel hoger beroep van BING en de registeraccountant niet toe.⁹ De oud-clustermanager laat het niet bij het oordeel van het hof in kort geding zitten en spant een (nieuwe) bodemprocedure aan bij de rechtbank, ditmaal enkel jegens BING. Op 22 augustus 2018 wijst de rechtbank de vorderingen van de oud-clustermanager wederom af, evenals de vorderingen van BING in de vrijwaringszaak tegen de gemeente.¹⁰
6. De oud-burgemeester dagvaardt BING in een bodemprocedure op 4 december 2015 voor de rechtbank en vordert BING te veroordelen tot vergoeding van de door haar geleden en nog te lijden schade door de onrechtmatige gedragingen van BING en om de berichten over haar op de website van BING te rectificeren. Bij vonnis van 12 juli 2016 is de oud-burgemeester op verzoek van ABN AMRO in staat van faillissement verklaard, waarna de curator de procedure heeft overgenomen. De rechtbank wijst de vordering op 12 juli 2017 af.¹¹ Ruim een half jaar later, op 7 maart 2018, doet de rechtbank uitspraak in de vrijwaringszaak die door BING is aangespannen jegens de gemeente. De rechtbank wijst de

vrijwaringsvordering van BING af en wijst de reconventionele vordering van de gemeente deels toe door voor recht te verklaren dat BING toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de met de opdrachtbevestiging van 27 april tussen haar en de gemeente tot stand gekomen overeenkomst en dat BING gehouden is tot vergoeding van de als gevolg daarvan veroorzaakte schade. De oud-burgemeester wordt in hoger beroep tegen het vonnis van de rechtbank van 12 juli 2017 niet-ontvankelijk verklaard omdat zij door de overname van de procedure door de curator geen procespartij meer was.¹²

Uit het bovenstaande blijkt dat een opgeleverd integriteitsrapport een opeenstapeling van procedures met zich mee kan brengen. In het onderstaande ga ik dieper in op de hiervoor onder nummer 5 en 6 beschreven procedures, omdat deze zich het meest (zullen) voordoen en derhalve voor de praktijk het meest relevant zijn.

3. Kort geding

De aan een integriteitsonderzoek onderworpen ambtenaren of bestuurders zullen, indien zij zich niet kunnen verenigen met het opgeleverde integriteitsonderzoek, zo snel mogelijk hun naam willen zuiveren. Het dagvaarden van het onderzoeksbureau in kort geding is in dat geval een veel snellere procedure dan een civiele bodemprocedure. Een kort geding kent echter procedurele vereisten waar de ambtenaar of bestuurder zich van zal moeten vergewissen bij de keuze tussen een kort geding en een bodemprocedure. De kort gedingprocedure aangespannen door de oud-clustermanager van de gemeente Schiedam jegens BING maakt dit duidelijk.

De oud-clustermanager vorderde in kort geding BING en de registeraccountant te veroordelen tot betaling van een voorschot op een schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad. Zo'n vordering wordt niet snel toegewezen, zo overweegt de voorzieningenrechter ook in dit geval:

“4.2 Zoals hiervoor is overwogen, is met betrekking tot een voorziening in kort geding, bestaande in veroordeling tot betaling van een geldsom, terughoudendheid op zijn plaats. De voorzieningenrechter zal daarbij niet alleen hebben te onderzoeken of het bestaan van een vordering van de eiser op de gedaagde voldoende aannemelijk is, maar ook of daarnaast sprake is van feiten en omstandigheden die meebrengen dat uit hoofde van onverwijlde spoed een onmiddellijke voorziening is vereist, terwijl de voorzieningenrechter in de afweging van de belangen van partijen mede zal hebben te betrekken de vraag naar – kort gezegd – het risico van onmogelijkheid van terugbetaling, welk risico kan bijdragen tot weigering van de voorziening.”¹³

8 Rb. Midden-Nederland 9 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6604.

9 Hof Arnhem-Leeuwarden 13 december 2012, ECLI:NL:GHARL:2012:10129.

10 Rb. Midden-Nederland 22 augustus 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:4748.

11 Rb. Midden-Nederland 12 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3456.

12 Hof Arnhem-Leeuwarden 6 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2093.

13 Rb. Midden-Nederland 9 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6604, r.o. 4.2.

De voorzieningenrechter beoordeelt de vordering tot veroordeling van het onderzoeksbureau tot betaling van een voorschot op een schadevergoeding derhalve aan de hand van een drietal criteria:

1. Is het bestaan van de vordering op het onderzoeksbureau voldoende aannemelijk?
2. Heeft de ambtenaar of bestuurder spoedeisend belang bij het toekennen van een voorschot?
3. Is er sprake van een reëel restitutierisico?

Ik sta eerst stil bij het tweede criterium, het vereiste dat de ambtenaar of bestuurder spoedeisend belang heeft bij het ontvangen van een voorschot op een schadevergoeding. In de hiervoor vermelde zaak komt de voorzieningenrechter van de rechtbank tot het oordeel dat de oud-clustermanager spoedeisend belang heeft omdat hij voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat hij niet (meer) aan zijn lopende betalingsverplichtingen kon voldoen:

“Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft [eiser] voldoende gesteld om aan te kunnen nemen dat hij over onvoldoende financiële middelen beschikt om aan zijn lopende betalingsverplichtingen te kunnen voldoen en dat executieverkoop van zijn woning dreigt en er derhalve sprake is van spoedeisend belang bij toewijzing van de vordering. Dat [eiser] deze vordering pas vier jaar na het onderzoek en de rapportage van BING instelt, doet hier niet aan af. Gebleken is immers dat Nationale Nederlanden eerst per 22 juli 2015 de gehele hypothecaire geldlening heeft opgeëist vanwege betalingsachterstand, onder aankondiging van executieverkoop. De voorzieningenrechter gaat dan ook over tot inhoudelijke beoordeling van de zaak.”¹⁴

Ik pak meteen door naar het arrest van hof in deze zaak, waaruit blijkt dat de omstandigheid dat in eerste aanleg sprake was van een spoedeisend belang niet betekent dat de ambtenaar of bestuurder simpelweg zonder risico kan doorprocederen in de kort gedingprocedure. Het hof overweegt dat het spoedeisend belang opnieuw, naar de stand van zaken ten tijde van het te wijzen arrest in hoger beroep, moet worden beoordeeld.¹⁵ Het hof oordeelt dat het spoedeisend belang in deze kort gedingprocedure ontbreekt, omdat de oud-clustermanager zijn woning inmiddels onderhands heeft verkocht.¹⁶ Het hof vraagt zich ook hardop af waarom de oud-clustermanager enkel hoger beroep heeft ingesteld in het onderhavige kort geding en geen bodemprocedure is gestart:

“Het hof overweegt het vorenstaande tegen de achtergrond dat niet kan worden ingezien waarom niet een bodemprocedure, waar zo nodig instructie middels be-

wijslevering zou kunnen plaatsvinden, zoals door beide partijen is bepleit, is geëntameerd. Immers, de onderhavige appeldagvaarding dateert van 6 oktober 2015, inmiddels ruim een jaar geleden. Wanneer toen, eventueel naast het onderhavige hoger beroep, een bodemprocedure zou zijn gestart zou deze procedure zich thans naar verwachting in een eindfase bevinden.”¹⁷

De voorzieningenrechter van de rechtbank oordeelt dat BING op een aantal onderdelen van het rapport onzorgvuldig jegens de oud-clustermanager heeft gehandeld. Van belang is dat de civiele rechter niet is gebonden aan de oordelen van de Accountantskamer en het CBb in de tuchtrechtelijke procedure.¹⁸ Ook van belang is dat de medewerker van BING, de registeraccountant die verantwoordelijk was voor het integriteitsonderzoek, niet met succes kan worden aangesproken: zijn handelingen hebben te gelden als handelingen van BING.¹⁹ Dat BING op enkele onderdelen onzorgvuldig heeft gehandeld jegens de oud-clustermanager betekent niet dat BING onrechtmatig jegens de oud-clustermanager heeft gehandeld. Zonder zich in deze zaak uit te laten over de vraag of ‘onzorgvuldig’ ook ‘onrechtmatig’ impliceert, komen zowel de rechtbank als het hof tot de conclusie dat het causaal verband tussen de ten onrechte getrokken conclusies in het onderzoeksrapport en de gestelde schade niet aannemelijk is geworden. Geoordeeld wordt dat uit de stukken is gebleken dat het aannemelijk is dat de gemeente ook zonder de ten onrechte getrokken conclusies zou hebben aangedrongen op een vertrek van onder meer de oud-clustermanager en dat hij hoe dan ook plaats zou moeten hebben maken. De gemeenteraad wilde namelijk ‘schoon schip’ maken, hetgeen ook betekende dat de ambtelijke top waaronder de oud-clustermanager zou moeten vertrekken. Voor de praktijk bovendien relevant is dat zowel de rechtbank als het hof overwegen dat uit de tussen de gemeente en de oud-clustermanager gesloten vaststellingsovereenkomst niet blijkt wat de uiteindelijke reden voor de beëindiging van het dienstverband van de oud-clustermanager is geweest.²⁰ Hierin was slechts opgenomen dat het onderzoeksrapport aanleiding is geweest de oud-clustermanager vóór de beëindiging van het dienstverband met buitengewoon verlof te sturen.

Anders dan de rechtbank betreft het hof ook het derde criterium bij de beoordeling van de vordering tot betaling van een voorschot op een schadevergoeding. De oud-clustermanager genoot in hoger beroep een bijstandsuitkering, hetgeen volgens het hof leidt tot de conclusie dat er sprake is van een ‘zeer aanzienlijk’ restitutierisico.

¹⁴ Rb. Midden-Nederland 9 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6604, r.o. 4.1.

¹⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden 13 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10129, r.o. 5.2 onder verwijzing naar HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3437.

¹⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden 13 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10129, r.o. 5.5 onder verwijzing naar HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3437.

¹⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden 13 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10129, r.o. 5.7 onder verwijzing naar HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3437.

¹⁸ Rb. Midden-Nederland 9 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6604, r.o. 4.6 en Rb. Midden-Nederland 22 augustus 2008, ECLI:NL:RBMNE:2018:4748, r.o. 6.4.

¹⁹ Rb. Midden-Nederland 9 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6604, r.o. 4.5.

²⁰ Rb. Midden-Nederland 9 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6604, r.o. 4.20 en Hof Arnhem-Leeuwarden 13 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10129, r.o. 5.13.

De oud-clustermanager is naar aanleiding van dit arrest in kort geding een (nieuwe) bodemprocedure gestart, ondanks het feit dat in de kort gedingprocedure zowel door de rechtbank als door het hof is geoordeeld dat niet aanneemelijk is dat de door de oud-clustermanager beweerdelijk geleden schade is veroorzaakt door het integriteitsrapport van BING. De oud-burgemeester is reeds in 2015 een bodemprocedure gestart.

4. Bodemprocedure

Zowel de oud-burgemeester als de oud-clustermanager vorderen in de bodemprocedure schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad. De rechtbank oordeelt dat, nu de oud-burgemeester en de oud-clustermanager direct bij het onderzoek zijn betrokken, BING jegens hen een bepaalde, bij een dergelijk onderzoek passende mate van zorgvuldigheid in acht dient te nemen.

De oud-burgemeester legt aan haar vordering onder meer ten grondslag dat BING het recht op bescherming van haar eer, goede naam en persoonlijke levenssfeer heeft aangetast doordat in het rapport een aantal onjuistheden zouden zijn vermeld. De rechtbank beoordeelt de zeven door de oud-burgemeester aangedragen onjuistheden en komt tot de conclusie dat BING kan worden verweten dat het rapport op twee punten onzorgvuldig is en stelt vast dat het rapport voor het overige stand houdt.²¹ De rechtbank concludeert vervolgens:

“Aanleiding voor het onderzoek en het rapport van BING was de verdenking van tekortkomingen in het professioneel handelen van [eiseres], waarvoor ook al maatschappelijke en media-aandacht was ontstaan. Ook staat vast dat [eiseres] haar functie van burgemeester uit eigen beweging heeft neergelegd nog voordat het rapport van BING beschikbaar kwam. Het enkele feit dat het rapport niet op alle onderdelen kan worden gevolgd, maakt dan nog niet dat als gevolg daarvan sprake is van een verdere aantasting in de eer en goede naam van [eiseres]. [eiseres] had daarvoor meer moeten aanvoeren dan zij heeft gedaan.”

Met andere woorden: de enkele aanleiding voor het laten uitbrengen van het onderzoeksrapport en het feit dat de burgemeester haar functie heeft neergelegd voordat het onderzoeksrapport is uitgebracht betekent volgens de rechtbank dat haar eer en goede naam reeds is aangetast. Met een op enkele onderdelen gebrekkig opgeleverd rapport kan niet worden gesteld dat haar eer en goede naam verder is aangetast, aldus de rechtbank. Hieruit kan worden afgeleid dat de lat hoog ligt voor een geslaagde onrechtmatige daadsactie met als grondslag onjuistheden in het onderzoeksrapport. In het onderzoeksrapport moet een substantieel aantal punten onjuist zijn en bovendien wordt causaal verband tussen de gebreken in het rapport en de gestelde schade niet makkelijk aangenomen.

21 Rb. Midden-Nederland 12 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3456, r.o. 4.36.

De lage slagingskans van de onrechtmatige daadsactie blijkt verder uit de beoordeling van de rechtbank van het door de oud-burgemeester mede aan haar vordering ten grondslag gelegde standpunt dat BING ondeugdelijk onderzoek heeft verricht door diverse malen niet op de juiste wijze hoor en wederhoor toe te passen.²² Zo heeft BING onder meer een conceptrapport aan de oud-burgemeester voorgelegd waarin hoofdstuk 8 (“Vertrouwenspersoon en klokkenluidersregeling: een (on)veilig werkklimaat”) van het definitieve rapport niet was opgenomen. De oud-burgemeester had graag op dit hoofdstuk willen reageren en is van mening dat BING onzorgvuldig heeft gehandeld door haar deze mogelijkheid te ontnemen. De rechtbank lost dit met de volgende overweging mijns inziens wel erg makkelijk en kort door de bocht op:

“De rechtbank overweegt dat daargelaten de vraag of BING onzorgvuldig heeft gehandeld door haar niet voorafgaand aan het tweede interview schriftelijk te informeren over de definitieve opdracht van het onderzoek en door haar niet eerst een concept van hoofdstuk 8 van het rapport ter inzage te geven, [eiseres] heeft nagelaten te onderbouwen wat zij meer of anders zou hebben verklaard, zodanig dat de conclusies in het rapport niet zouden zijn getrokken.”

De oud-burgemeester had volgens de rechtbank derhalve concreet moeten onderbouwen dat zij zodanige opmerkingen zou hebben gemaakt naar aanleiding van het concept van hoofdstuk 8 dat dit zou hebben geleid tot andersluidende conclusies in het definitieve rapport. Mijns inziens staat dit oordeel van de rechtbank op gespannen voet met de tuchtrechtelijke uitspraak van het CbB in deze kwestie waarnaar de rechtbank in het onderhavige vonnis ook verwijst. Het CbB oordeelde immers ten aanzien van het niet voorleggen van het concept van hoofdstuk 8:

“Nu vaststaat dat [eiseres] niet in de gelegenheid is gesteld vooraf kennis te nemen van deze bevindingen en hierop te reageren, moet worden vastgesteld dat haar in dit verband niet op een juiste wijze wederhoor is geboden. Naar het oordeel van het College is dat in dit geval, gelet op de strekking van de in bedoeld hoofdstuk neergelegde bevindingen in strijd met het fundamenteel beginsel van deskundigheid en zorgvuldigheid. De tweede grief, voor zover deze betrekking heeft op de ongegrondverklaring van klachtonderdeel b.2, slaagt eveneens.”

22 Ik verwijs in dit verband tevens naar Hof’s-Hertogenbosch 9 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:392, r.o. 3.6.4.3. Het hof oordeelt dat appelland niet duidelijk en concreet heeft aangegeven waarom het ontbreken in het rapport van criteria, toetsingskader en een (deugdelijke) onderzoeksmethode jegens haar, als derde in de contractuele verhouding tussen OZOB en BING, onrechtmatig zou zijn. Dat de door appelland ingeschakelde professor tot een ander oordeel over het optreden van de gemeente komt dan BING is volgens het hof met name onvoldoende. De professor had een geheel ander onderzoek volgens een geheel andere methode gedaan dan BING. Het bewijsaanbod van appelland wordt om die reden gepasseerd.

Hoewel de tuchtrechtelijke procedure is gevoerd tegen de registeraccountant en niet tegen BING en in tuchtrechtelijke procedures een ander juridisch kader wordt gehanteerd, concludeert de rechtbank hier in vergelijking met het CBB mijns inziens wel heel makkelijk dat van onrechtmatigheid als gevolg van onzorgvuldig onderzoek geen sprake is.²³

In de bodemprocedure aangespannen door de oud-clustermanager wijst de rechtbank de vordering af omdat niet aan het vereiste causaal verband is voldaan. De overige vereisten van artikel 6:162 BW, waaronder de onrechtmatigheid, worden door de rechtbank niet geadresseerd. De rechtbank komt tot het oordeel dat het vertrek bij de gemeente en het niet kunnen vinden van een andere functie niet is veroorzaakt noch is toe te rekenen aan het rapport van BING. Voor wat betreft het primaire causaal verband volgt de rechtbank het oordeel van de rechtbank en het hof in de kort gedingprocedure: de gemeente zou sowieso hebben aangedrongen op een vertrek van onder meer de oud-clustermanager en hij zou hoe dan ook plaats hebben moeten maken. Het subsidiaire standpunt van de oud-clustermanager dat er sprake is van cumulatieve of alternatieve causaliteit wordt eveneens door de rechtbank verworpen. De rechtbank overweegt onder meer dat de oud-clustermanager geen bezwaar heeft gemaakt tegen het aan hem verleende buitengewoon verlof en dat hij vrijwillig heeft meegewerkt aan het sluiten van de vaststellingsovereenkomst en het daaruit voortvloeiende (eervol) ontslag, ondanks dat hij ervan op de hoogte was dat het BING-rapport en het tot dan toe gevoerde (nadere) onderzoek onvoldoende basis was om hem te ontslaan. De rechtbank verwijst hierbij naar de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 20 juni 2018, waarin is geoordeeld dat de oud-clustermanager verwijtbaar werkloos is geworden maar toch recht heeft op een gedeeltelijke WW-uitkering.²⁴ Als een ambtenaar of bestuurder onder deze omstandigheden vrijwillig meewerkt aan beëindiging van het dienstverband, is er sprake van een te ver verwijderd verband tussen het BING-rapport en de gestelde schade, aldus de rechtbank. Dit oordeel kan ik volgen, aangezien de beweerdelijk geleden schade het gevolg zou zijn van het ontslag bij de gemeente en op het niet kunnen vinden van een andere functie.

5. Vrijwaring

Voor gemeenten is het van belang zich ervan te vergewissen dat een onderzoeksbureau als BING de gemeente hoogstwaarschijnlijk in vrijwaring zal oproepen indien de ambtenaar of de bestuurder in rechte schadevergoeding van BING vordert. In de uitspraak van de rechtbank in de kort gedingprocedure aangespannen door de oud-clustermanager citeert de rechtbank de artikelen 11 en 12 uit de algemene

voorwaarden van BING die van toepassing zijn op de overeenkomst van opdracht gesloten met de gemeente:

“(…)

11. Aansprakelijkheid

Het bureau is alleen aansprakelijk voor eventuele schade tijdens de uitvoering van de opdracht indien er sprake is van opzet en/of grove schuld van het bureau/de adviseur. Onze aansprakelijkheid is beperkt tot de hoogte van het honorarium van de betreffende opdracht c.q. de hoogte van de prijs van het geleverde product.

Wij zijn niet aansprakelijk voor geleden gevolgschade, noch voor schade geleden door derden; hiervoor dient de opdrachtgever ons te vrijwaren. Opdrachtgever vrijwaart opdrachtnemer tegen alle aanspraken van derden welke direct of indirect, middellijk of onmiddellijk met de uitvoering van de overeenkomst samenhangen.

12. Geschillen met derden

1. Aangezien aan opdrachtnemer verleende opdrachten vanwege hun aard een vergrote kans op geschillen met derden met zich mee kunnen brengen, die voor opdrachtnemer tot kosten kunnen leiden die niet zijn verdisconteerd in de tarieven van opdrachtnemer, aanvaardt opdrachtgever dat deze kosten voor rekening van opdrachtgever komen met inachtneming van de hierna volgende voorwaarden.
2. In geval van klachten of claims van derden, al dan niet leidend tot civiele, strafrechtelijke of tuchtrechtelijke procedures of andere procedures, waaronder procedures buiten rechte, die betrekking hebben op de door opdrachtnemer verrichte werkzaamheden, zullen de kosten die opdrachtnemer in dit verband redelijkerwijs moet maken door opdrachtgever vergoed worden. Bij deze kosten wordt bedoeld op – maar niet beperkt tot – ten eerste aanvullende werkzaamheden die opdrachtnemer naar haar oordeel moet verrichten om zichzelf te kunnen verweren of om op te komen voor de belangen van opdrachtgever en die tegen de alsdan geldende tarieven aan opdrachtgever in rekening zullen worden gebracht, ten tweede proceskosten, waaronder kosten van eventuele juridische bijstand en ten derde overige kosten zoals secretariaatskosten, reizen, reis- en verblijfkosten en andere gebonden kosten.

(…)”²⁵

²³ In dit kader verwijs ik bovendien naar Rb. Midden-Nederland 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5298. Ook in die zaak is door de Accountantskamer een tuchtrechtelijke sanctie opgelegd, maar komt de rechtbank tot de conclusie dat van onrechtmatig handelen door BING jegens het betreffende raadslid geen sprake is omdat het rapport op een ‘voldoende zorgvuldige wijze’ tot stand is gekomen en op een deugdelijke grondslag berust.

²⁴ CRvB 20 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1623.

²⁵ Rb. Midden-Nederland 9 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6604, r.o. 2.18.

BING heeft de algemene voorwaarden dus zo vormgegeven dat de gemeente haar dient te vrijwaren tegen alle aanspraken van derden, zoals de aan het onderzoek onderworpen ambtenaren of bestuurders. Bovendien moet de gemeente als opdrachtgever onder andere de kosten vergoeden die BING redelijkerwijs heeft moeten maken bijvoorbeeld om zich te verweren in een jegens haar aangespannen civiele procedure. Naast het aan BING verschuldigde honorarium moet de gemeente dus rekening houden met een behoorlijke extra kostenpost, zeker wanneer de opeenstapeling aan procedures in de kwestie Schiedam in ogenschouw wordt genomen.

Wanneer echter de schadevergoedingsvordering van de ambtenaar of bestuurder in de civiele procedure aangespannen jegens BING wordt afgewezen, zal ook de vrijwaringsvordering van BING jegens de gemeente worden afgewezen.²⁶ Hoewel de lat voor een geslaagde onrechtmatige daadsactie van een ambtenaar of bestuurder jegens BING hoog ligt en de gemeente dus geen groot risico loopt de schaderekening gepresenteerd te krijgen, kan ik niet inzien waarom gemeenten met algemene voorwaarden als die van BING akkoord gaan. Immers, voor aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad moet het rapport op een substantieel aantal punten onjuist zijn. Als dat het geval zou zijn, heeft het onderzoeksbureau niet alleen zijn werk 'niet goed' gedaan, maar zelfs 'slecht'. Waarom zou de gemeente daarvoor moeten opdraaien? De gemeente zou van het onderzoeksbureau kunnen eisen dat zij een beroepsaansprakelijkheidsverzekering met een minimale dekking van een bepaald bedrag heeft afgesloten.²⁷ Indien de opdracht aan het onderzoeksbureau wordt aanbesteed kunnen gemeenten deze eis in de aanbestedingsstukken opnemen.

Een tweede punt is de kosten die BING redelijkerwijs heeft moeten maken onder meer om zich te verweren in jegens haar aangespannen procedures. Hiervan kan ik mij voorstellen dat gemeenten onderzoeksbureaus financieel tegemoet willen komen omdat de onderzoeken, zoals BING in haar algemene voorwaarden ook aangeeft, naar hun aard nogal 'procesgevoelig' zijn en de daarmee gepaard gaande proceskosten niet zijn verdisconteerd in het honorarium van het onderzoeksbureau. Het lijkt mij voor gemeenten raadzaam overeen te komen dat zij enkel de niet door een rechtsbijstandsverzekering gedekte en redelijkerwijs gemaakte kosten vergoedt en hieraan een maximumvergoeding te koppelen. Daarmee beperkt de gemeente het risico een veelvoud van het honorarium aan kostenvergoeding te moeten betalen.

BING heeft aan het toepasselijke artikel 12 van haar algemene voorwaarden de volgende uitleg gegeven, zo blijkt uit het vonnis van de rechtbank van 9 september 2015:

"Het gestelde van artikel 12 is niet van toepassing indien en voor zover BING verwijtbaar heeft gehandeld. De kosten die BING maakt om zich te verweren tegen verwijtbaar handelen dienen ons inziens niet te worden beschouwd als 'redelijkerwijs te moeten maken'. Indien mocht blijken dat BING in haar prestatie tekortgeschoten is, zullen de inspanningen en kosten ter zake van een discussie c.q. verdediging van een tekortschietende dienstverlening niet ten laste komen van de – oorspronkelijke – opdrachtgever. Bij een meervoudige klacht geldt dat bij een ten dele gegrondverklaring een en ander naar rato."²⁸

Zowel in de procedure van de oud-burgemeester als van de oud-clustermanager heeft de gemeente met verve gereageerd op de door BING jegens haar ingestelde vrijwaringsvordering. In de procedure van de oud-burgemeester stelt de gemeente naar aanleiding van de vrijwaringsvordering van BING een reconventionele vordering jegens BING in. De gemeente vordert voor recht te verklaren dat BING toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de met de gemeenteraad gesloten overeenkomst en dat de gemeente gerechtigd is die overeenkomst te ontbinden. Bovendien vordert de gemeente te verklaren voor recht dat BING gehouden is tot vergoeding van de door BING toerekenbare tekortkoming veroorzaakte schade.

De rechtbank komt mede op grond van de tuchtrechtelijke uitspraak van het CBb en het vonnis in de bodemprocedure tot het oordeel dat het rapport niet slechts formele gebreken bevat, maar dat het rapport ook feitelijke onjuistheden en ongefundeerde conclusies bevat. BING heeft naar het oordeel van de rechtbank niet de zorgvuldigheid in acht genomen die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend onderzoeksbureau mocht worden verwacht (artikel 7:401 BW) en dus toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de met de gemeenteraad gesloten overeenkomst van opdracht.²⁹ De reconventionele vordering van de gemeente wordt toegewezen, behoudens de gevorderde verklaring voor recht dat de gemeente gerechtigd is de overeenkomst te ontbinden. Voor een ontbinding zijn de tekortkomingen van een te geringe betekenis. Het voorgaande betekent dat een vordering van BING tot vergoeding van kosten gebaseerd op artikel 12 van de algemene voorwaarden wordt afgewezen, omdat BING jegens de gemeente tekort is geschoten.³⁰

6. Lessen

Uit de Schiedamse zaak kunnen enkele belangrijke lessen worden getrokken. Voor ambtenaren en bestuurders ligt de lat hoog voor een geslaagde onrechtmatige daadsactie jegens het onderzoeksbureau. Daarvoor moet het onderzoeksrapport op een substantieel aantal punten onjuist zijn

26 Rb. Midden-Nederland 7 maart 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:768, r.o. 4.1 en Rb. Midden-Nederland 22 augustus 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:4748, r.o. 6.26.

27 Uit Rb. Midden-Nederland 9 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6604, r.o. 4.23 leid ik af dat BING een beroepsaansprakelijkheidsverzekering heeft afgesloten.

28 Rb. Midden-Nederland 9 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6604, r.o. 2.26.

29 Rb. Midden-Nederland 7 maart 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:768, r.o. 4.11.

30 Zie in dit verband Rb. Midden-Nederland 9 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6604, r.o. 4.25.

en bovendien wordt causaal verband tussen de gebreken in het rapport en de gestelde schade niet snel aangenomen.

Indien een ambtenaar of bestuurder toch besluit te procederen, dient er rekening mee te worden gehouden dat het onderzoeksbureau een vrijwaringsvordering jegens de gemeente instelt. Gemeenten zouden mijns inziens niet langer akkoord moeten gaan met bepalingen als artikel 11 en 12 van de algemene voorwaarden van BING. BING hanteert deze algemene voorwaarden anno 2019 nog steeds. Als een vordering van een ambtenaar of bestuurder wordt toegewezen (artikel 11) zal dat het geval zijn omdat een onderzoeksbureau jegens een ambtenaar of bestuurder onrechtmatig heeft gehandeld door een slecht onderzoeksrapport op te leveren. Niet valt in te zien waarom de gemeente daarvoor financieel zou moeten opdraaien. Voor wat betreft de kosten die een onderzoeksbureau redelijkerwijs moet maken indien jegens haar een procedure wordt aangespannen door de betrokken ambtenaar of bestuurder (artikel 12) doen gemeenten er verstandig aan met het onderzoeksbureau overeen te komen dat de gemeente enkel de niet door een rechtsbijstandsverzekering gedekte en redelijkerwijs gemaakte kosten vergoedt en hieraan een maximumvergoeding te koppelen.

Onderzoeksbureaus doen er niet in alle gevallen verstandig aan een vrijwaringsvordering jegens de gemeente in te stellen, ook al hanteren zij algemene voorwaarden als artikel 11 en 12 van de algemene voorwaarden van BING. Indien er ook maar enkele feitelijke onjuistheden of ongefundeerde conclusies in het rapport zijn opgenomen, is de kans groot dat de gemeente als tegenactie een reconventionele vordering instelt bij toewijzing waarvan de kosten voor het onderzoeksbureau nog verder oplopen. BING moet in dat geval de schade vergoeden die de gemeente heeft geleden door de fouten in het rapport. In de zaak van de oud-burgemeester van Schiedam heeft de rechtbank de zaak verwezen naar de schadestaatprocedure.³¹ Ik ben benieuwd of en zo ja, welke schade BING aan de gemeente zal moeten vergoeden.

31 Rb. Midden-Nederland 7 maart 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:768, r.o. 5.5.